

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

GISELA MARIA BESTER

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama, Gisela Maria Bester – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-548-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos Sociais. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, na esteira da tradição já consagrada na área da pesquisa e da Pós-Graduação em Direito, trouxe para a cidade de São Luís – Maranhão, o mais amplo espaço para apresentação dos estudos produzidos na área jurídica, nesta versão sob o tema “Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça”.

Realizado entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, com a parceria da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, o evento viabilizou o debate sobre os estudos apresentados, proporcionando o compartilhamento de experiências e conhecimento sobre os temas tratados.

Nesta obra, congregam-se os estudos de vinte trabalhos que formaram o GT (Grupo de Trabalho) PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I, assim sintetizados:

Sob o título OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA: DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO AO PROCEDIMENTO COMO CAMPO FÉRTIL À PARTICIPAÇÃO ATIVA DAS PARTES, Hélintha Coeto Neitzke e Celso Hiroshi Iocohama destacam os efeitos do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 para o processo judicial, na medida do fortalecimento da atividade das partes em decorrência da possibilidade das convenções processuais, retratando suas consequências para a garantia do acesso à justiça.

Thiago Alves Feio e Alyne Azevedo Marchiori, por sua vez, partem da insegurança jurídica vivenciada pelo direito brasileiro para analisar a aplicação do sistema de precedentes para além do processo civil. Assim, com o título A APLICABILIDADE DOS PRECEDENTES DO CPC DE 2015 NO PROCESSO DO TRABALHO, trazem seu estudo voltado aos princípios norteadores do processo do trabalho, promovendo críticas e análise para a aplicação dos precedentes aos processos nesse sistema processual especializado.

Com o trabalho A AUDIÊNCIA PÚBLICA JURISDICIONAL COMO FATOR DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS, Julianna Moreira Reis e Alice Pompeu Viana registram sua preocupação em fazer com que a Constituição seja um efetivo instrumento de vontade nacional e popular, na medida em que se constata a incapacidade do Poder Legislativo e do

Poder Executivo em efetivar as promessas constitucionalmente previstas, provocando-se o deslocamento do debate político para a judicialização, exigindo-se práticas democráticas para a intervenção em políticas públicas, das quais destacam a audiência, que é o tema principal do estudo.

Também preocupado com a efetivação da Constituição Federal por mecanismos democráticos, Daniel Gomes de Souza Ramos apresenta o trabalho sob o título A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA – A DEFENSORIA PÚBLICA E A JUSTIÇA ITINERANTE COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DESTE DIREITO, cotejando indicadores dessa prática para a realização da justiça em atenção à universalização de oportunidades e à inafastabilidade jurisdicional.

Com o estudo A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NAS CAUSAS EM QUE É PARTE A FAZENDA PÚBLICA, Daniela Lacerda Chaves e Valter de Souza Lobato analisam as bases da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, sua inversão e a teoria da carga dinâmica do ônus probante, a fim de contextualizá-las nas causas envolvendo a Fazenda Pública, ponderando a relação entre o princípio da isonomia processual e o da supremacia do interesse público sobre o privado.

Bárbara Altoé Puppín e Rodrigo Maia Bachour também contribuem para com o tema do ônus da prova com o trabalho intitulado A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Partindo do método hipotético-dedutivo e da pesquisa bibliográfica, anotam as implicações práticas decorrentes do tratamento dado ao ônus da prova pelo novo Código de Processo Civil.

Por seu turno, o estudo intitulado A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, de Tatiane Cardozo Lima, resgata dados da história do Direito Processual Civil como ponto de partida para a análise da autonomia concedida pelo legislador às partes, tratando do princípio da cooperação e da efetividade, bem como das intercorrências provocadas em diversos elementos do processo judicial, em busca de sua harmonização e aplicação.

Tadeu Saint Clair Cardoso Batista e Alisson Alves Pinto fazem uma análise crítica da legislação, doutrina e jurisprudência, para o tratamento dos sistemas de legitimação ativa, com o trabalho intitulado A LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA – PERSPECTIVA RESTRITIVISTA QUE MERECE SER SUPERADA. Partindo de um raciocínio hipotético-dedutivo, o estudo apresenta as perspectivas entre a

busca efetiva dos direitos coletivos pelos interessados ou a existência de um modelo de exclusão da participação processual da coletividade.

Fernanda Claudia Araujo da Silva e Inês Maria de Oliveira Reis, por meio de seu estudo intitulado A TRANSPARÊNCIA DO JUDICIÁRIO E O TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 2/2017: UMA VISÃO SOB A ÓTICA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA-CNJ, correlacionam a ética e o estado democrático para tratar da transparência dos atos administrativos públicos, dos princípios constitucionais e da aplicação da Lei Anticorrupção, invocando a proposta do Conselho Nacional de Justiça para atender às regras de transparência internacional.

O estudo intitulado BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA, de Yasmin Juventino Alves Arbex e Alessandro Aparecido Feitosa de Rezende, verifica as alterações promovidas pelo novo Código de Processo Civil em atenção à tendência de evolução do Direito Jurisprudencial, diante do sistema de precedentes e do escopo de redução do excesso de demandas.

Atento às questões éticas e o comportamento das partes diante do processo judicial, Luiz de Franca Belchior Silva demonstra seus estudos por meio do trabalho DESOBEDIÊNCIA JUDICIAL: APLICAÇÃO DO CONTEMPT OF COURT NO DIREITO BRASILEIRO. Com a análise do descumprimento das ordens judiciais, o autor demonstra a afronta à Lei Penal e a desestabilização da Administração Pública, indicando o problema do fenômeno da impunidade como objeto de preocupação e intervenção do Poder Judiciário.

No tratamento do direito constitucional à saúde e diante do problema de como efetivá-lo, Juliana de Oliveira apresenta seu trabalho sob o título DIREITO À SAÚDE: JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO SUS, colocando sob foco as políticas públicas envolvendo o direito à saúde e a sua judicialização, apresentando, para tanto, levantamento e análise dos dados do Conselho Nacional de Justiça obtidos em 2016, acrescentando a posição de suspensão da tramitação dos processos sobre o tema em decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em 2017 .

Indicando a economia redacional de diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, o estudo de Bruna Berbieri Waquim, sob o título EMBARGANDO DE DECLARAÇÃO O NOVO CPC: ALGUNS QUESTIONAMENTOS PRÁTICOS, transita sobre questões polêmicas envolvendo a audiência de conciliação/mediação nas ações de família, aborda a figura do especialista prevista no art. 699, trata da intimação prevista no

parágrafo único do art. 932 (que regula a inadmissibilidade dos recursos e o prazo para a manifestação do recorrente) e aborda a decisão que analisa o pedido de efeito suspensivo à apelação.

O trabalho FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: ANÁLISE DO ASPECTO HISTÓRICO E AS INOVAÇÕES ADVINDAS COM O CPC DE 2015, de Luis Augusto Bezerra Mattos, procura realizar um levantamento histórico envolvendo a fundamentação das decisões judiciais, para, num segundo momento, analisar a atuação do magistrado diante do ato de decidir, finalizando com o tratamento dado ao tema pelo novo Código de Processo Civil.

Com o estudo GRANDES PODERES, GRANDES RESPONSABILIDADES: A APLICAÇÃO DO ART. 139, IV DO CPC, Gabriel de Carvalho Pinto analisa as possibilidades atribuídas ao juiz para a adoção de medidas atípicas sub-rogatórias, indutivas, coercitivas e mandamentais na execução por quantia certa que tenha por objeto obrigação pecuniária.

Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres e Kadmo Silva Ribeiro demonstram a evolução do sistema processual, que, inicialmente estruturado na civil Law, permite o desenvolvimento de outras ferramentas para a vinculação das decisões judiciais e a garantia da efetividade e segurança processual, sob o título HISTORICIDADE DO DIREITO PROCESSUAL: UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

Por meio do trabalho sob o título O JUDICIALISMO RADICAL NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO, Fabiana Coelho Simoes e Lorraine Rodrigues Campos Silva demonstram as divergências teóricas envolvendo a temática da inversão do ônus da prova no direito do consumidor e a distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Civil e a necessidade de critérios democráticos para o afastamento de decisões subjetivas sobre o assunto.

Dias Andrade apresenta seu estudo com o título O JUIZ HÉRCULES NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 523 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À EXECUÇÃO TRABALHISTA, por meio do qual trata da discussão sobre as lacunas no ordenamento trabalhista e o tratamento do conceito de casos difíceis, fundando-se no pensamento de Ronald Dworkin para embasar as reflexões acerca da aplicação do cumprimento de sentença previsto na legislação processual civil.

O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL é estudo por Mariana Bisol Grangeiro e Camila Victorazzi Martta, em especial pela retirada da expressão “livremente” nos dispositivos do novo Código de Processo Civil quando do tema da valoração da prova e seus impactos na atividade judicial.

Francisca das Chagas Lemos finaliza a presente obra com o trabalho RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO E DO AGENTE PÚBLICO POR DANOS. Criticando as práticas adotadas pela Administração Fazendária, aborda a responsabilidade civil do Estado para a reparação do dano causado a terceiros pelos agentes, destacando o conflito das orientações jurisprudenciais decorrentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Os Coordenadores do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I registram, por fim, seus agradecimentos e cumprimentos a toda organização do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI – São Luís – Maranhão, parabenizando os participantes pelo comprometimento e dedicação para com o estudo do Direito e sua efetividade.

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama – UNIPAR

Profa. Dra. Gisela Maria Bester – UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A AUDIÊNCIA PÚBLICA JURISDICIONAL COMO FATOR DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

THE JURISDICTIONAL PUBLIC HEARING AS A FACTOR OF DEMOCRATIC LEGITIMACY FOR JUDICIAL INTERVENTION IN PUBLIC POLICIES

Julianna Moreira Reis ¹

Alice Pompeu Viana ²

Resumo

Atualmente, constata-se transformações nas relações entre as tradicionais funções estatais, diante da incapacidade do Poder Legislativo e do Poder Executivo em realizar as promessas contidas no projeto constitucional, fazendo com que haja um deslocamento do debate político para o âmbito jurisdicional, o que fica reconhecido como “judicialização”. Fica em xeque, desse modo, a possibilidade de fazer da Constituição o instrumento da legítima vontade nacional e popular. Assim, há de se buscar práticas que legitimem democraticamente a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas e o objetivo desse trabalho é apresentar a audiência pública jurisdicional como uma dessas práticas.

Palavras-chave: Estado democrático de direito, Crise política, Judicialização, Legitimidade, Audiência pública jurisdicional

Abstract/Resumen/Résumé

There are transformations in the relations between the traditional state functions, given the incapacity of the Legislative Power and the Executive Power to carry out the promises contained in the constitutional project, causing a displacement of the political debate to the jurisdictional scope, recognized as "judicialization". The possibility of making the Constitution the instrument of legitimate national and popular is put in check. It is necessary to look for practices that democratically legitimize the intervention of the Judiciary in the public policies and the objective of this work is to present the judicial public hearing as a solution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic state of law, Political crisis, Judicialization, Legitimacy, Jurisdictional public hearing

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Servidora Pública. Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. E-mail: juliannamoreirareis@hotmail.com.

² Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Advogada. Professora. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul - UNISUL. E-mail: alice@cesvale.com.br

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito apresenta-se confrontado, por um lado, com seu propósito de transformar a sociedade, sobretudo na perspectiva da inclusão social, como projeto político-constitucional, e, por outro, com os resguardos impostos por uma economia capitalista, como projeto político econômico. Diante dessa tensão entre política de inclusão e economia de exclusão surgem dilemas quanto à efetivação das promessas constitucionais.

Como reflexo, verifica-se uma discussão acerca do papel destinado ao instrumento que, na modernidade, serviu como *locus* privilegiado para a instalação dos conteúdos políticos estatuídos pela sociedade. Desse modo, se a política vem tensionada pela economia, a quem pertence o poder de decisão? A função jurisdicional vem assumindo a centralidade, caracterizando-se como o espaço privilegiado de disputa e de definição política na atualidade.

Em outros termos, constata-se transformações nas relações entre as tradicionais funções estatais, diante da incapacidade do Poder Legislativo e do Poder Executivo em realizar as promessas contidas no projeto constitucional, fazendo com que haja um deslocamento do debate político para o âmbito jurisdicional, o que fica reconhecido como “judicialização” da política.

O protagonismo judicial também é reflexo da crise política - especificamente na realidade dos países da América Latina, em que os titulares do poder em exercício não se mostram efetivamente identificados com os interesses da cidadania, do bem-estar, da justiça e da prosperidade social. Fica em xeque, assim, a validade da democracia representativa clássica e tradicional, o que desfalca a possibilidade de fazer da Constituição o instrumento da legítima vontade nacional e popular.

Observa-se, portanto, os procedimentos políticos de mediação cedendo lugar aos judiciais, o que se constitui em estremecimento da teoria clássica da soberania popular. Assim, há de se buscar práticas que legitimem democraticamente a atuação do Poder Judiciário e o objetivo desse trabalho é apresentar a audiência pública jurisdicional como uma dessas práticas.

Para tanto, o trabalho se divide em três partes. Na primeira delas, apresenta-se o processo de desconstitucionalização do Estado Democrático de Direito e o fenômeno da judicialização como resultado desse processo. Na segunda parte, verifica-se a crise da democracia representativa, um movimento que fortalece a judicialização. Já a terceira parte discorre sobre a audiência pública jurisdicional como um instrumento legitimador da intervenção judicial nas políticas públicas.

A importância do tema se justifica pela sua constante percepção na atualidade.

2 DA “DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À JUDICIALIZAÇÃO

Conforme as lições de Elías Díaz, bem sintetizadas por Lenio Streck (2011, p. 52-53), o Estado Democrático de Direito *supera* as noções anteriores de Estado Liberal e de Estado Social de Direito. É que, no Estado Liberal de Direito, produz-se “uma clara distinção entre o político e o econômico, com um Estado formalmente abstencionista, que deixa livres as forças econômicas”, beneficiando o desenvolvimento do capitalismo em sua fase de acumulação inicial.

Por sua vez, o Estado Social, correspondente à fase do “capitalismo maduro”, abandona a sua postura abstencionista, “passando não somente a intervir nas relações econômicas da sociedade civil”, como também se convertendo “em fator decisivo nas fases de produção e distribuição de bens”.

Já o Estado Democrático de Direito pretende a transformação do modo de produção capitalista e “sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades”. Para Díaz, o adjetivo “democrático” vai além de um incremento das exigências e dos valores estabelecidos pelo Estado Social de Direito, eis que, mantendo-os, “permite uma práxis política e uma atuação dos Poderes públicos que [...] sirva para uma modificação em profundidade da estrutura econômica e social e uma mudança no atual sistema de produção e distribuição dos bens”.

Pode-se dizer, por conseguinte, que a noção de Estado Democrático de Direito está atrelada à realização dos direitos fundamentais - o “*plus* normativo” do Estado Democrático de Direito, que, sendo uma síntese das fases anteriores, agrega “a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais” (STRECK, 2011, p. 53). Surge, assim, um novo paradigma de Estado e também de direito.

O direito construído na segunda metade do século passado é resultado da necessidade de superação das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial - em especial, pelos regimes totalitários, legitimados “através do argumento de obediência a um formalismo

rigoroso, de mera observação do procedimento adequado para a criação das leis” (TASSINARI, 2013, p. 40), na forma do reforço aos direitos humanos, dando-lhes caráter de proteção internacional com mecanismos como a declaração de direitos de 1948 (BOLZAN DE MORAIS, 2013, p. 96-97).

Ocorre, por isso, um rearranjo institucional que visa “à garantia de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, configurando-se, assim, a transição do que se conhecia por Estado *Legislativo* de Direito para um Estado *Constitucional* de Direito” (TASSINARI, 2013, p. 40), surgindo a noção de *constitucionalismo democrático* (TASSINARI, 2013, p. 40).

O direito desse período reflete, também, o caráter de exigência democrática, legitimado em constituições que marcaram o fim de períodos ditatoriais. É que tal movimento *constitucionalizante* foi engendrado na Europa, espalhando-se pelo mundo, mas, nos países da América latina, chegou com certo atraso. No ponto, é oportuno registrar que “o contexto latino-americano, na sequência do fim desta grande guerra, é marcado por sofrer golpes ditatoriais (Brasil, em 1964; Argentina, em 1966; Chile, em 1973; Uruguai, em 1973; Colômbia, em 1953)”. No Brasil, o movimento só foi sentido com o processo constituinte estabelecido entre 1987 e 1988, com a ruptura do regime ditatorial (TASSINARI, 2013, p. 41).

Além disso, o direito em tela “se pauta pela manutenção do que já fora constitucionalizado no início do mesmo século, a forma social de Estado, que permanece intrínseca ao Estado Constitucional” (BOLZAN DE MORAIS, 2013, p. 97). O Estado Democrático de Direito representa, dessarte, “a vontade constitucional de realização do Estado Social” (STRECK, 2011, p. 47).

Em verdade, teve grande importância a proposta teórica do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, consubstanciada em sua obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, consagrando o que ficou conhecido como “constitucionalismo dirigente”. Canotilho pretendeu demonstrar o papel estratégico assumido pelas constituições, sendo que, ao se utilizar da expressão “constituição dirigente”, referiu-se à “força actuante do direito constitucional” (CANOTILHO, 2001, p. 47), sendo “uma das suas mais importantes dimensões positivas: impulso, incentivo e direcção do processo social”. Sustentou que o direito não deve se circunscrever a um conjunto de “normas negativas”, mas aceitar o “desafio da sociedade”, trazendo para si uma “função distributiva” e uma “função promocional”.

Diante dessas novas funções do direito, uma Constituição deveria se afirmar “nas vestes de 'constituição distributiva' e de 'constituição promocional'” (CANOTILHO, 2001, p. 30).

Dessa feita, agregou-se, à concepção de Estado de Direito, um conteúdo extraído do próprio texto constitucional, de forma que a Constituição passa a ser “um meio de direção social” e uma “forma racionalizada de política” (CANOTILHO, 2001, p. 48). Ainda conforme Canotilho, a “racionalidade constitucional” não deve ser entendida apenas como esquema organizatório de competências, de formas e de processos, assim como o modelo constitucional de racionalidade do Estado de Direito Liberal, sob pena de se colocar em causa a racionalidade dos “documentos constitucionais programaticamente orientados”.

Nesse sentido, se o Estado Constitucional Democrático pretende se legitimar como Estado Social deve ir além dos limites formais do Estado de Direito e também se basear na transformação social, na distribuição de renda e na direção pública do processo econômico, de modo que a Constituição deixa de ser apenas do Estado e passa a ser da sociedade, inclusive (BERCOVICCI, 1999). É essa ideia que sintetiza a Teoria da Constituição Dirigente: a interdependência entre Estado e sociedade. A Constituição dirigente é uma Constituição estatal e social, um programa de ação para a alteração da sociedade, cujo objetivo é dar força e substrato jurídico para a mudança social (BERCOVICCI, 2008, p. 151).

Observa-se, para além de uma ampliação do catálogo de direitos aos cidadãos, com o intuito de criar uma política de bem-estar, que os textos constitucionais da contemporaneidade assentam o dever de que tal programa seja cumprido de modo imediato, a fim de que se tornem efetivos. Todavia, quando se “constitucionaliza” o Estado Democrático de Direito, a “nova versão” do Estado social, deve-se atentar “para as condições, possibilidades e limites de realização das promessas construídas no/pelo 'contrato constitucional' e contidas no bojo da Carta política que o caracteriza” (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 63).

O Estado Democrático de Direito - reitera-se - “carregando a marca de um projeto de transformação social”, manteve-se “adstrito à tradição do liberalismo, em particular ao seu viés econômico pautado pela doutrina e pelas práticas capitalistas”. Em outros termos, vislumbra-se um Estado confrontado, por um lado, “com a finalidade de transformar a sociedade, sobretudo na perspectiva da inclusão social, como projeto político-constitucional”, e, por outro, “com as proteções, resguardos e salvaguardas impostos por uma economia capitalista”, como projeto político econômico. Dessa fórmula de tensão entre política de inclusão e economia de exclusão surgem dilemas quanto à efetivação das promessas constitucionais, pelo reconhecimento das limitadas condições político-econômico-sociais para tanto (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 61; 64).

De fato, a década de 1990 vem marcada por uma onda de reformas constitucionais neoliberais. Foram “pequenas, tópicas, silenciosas e eficientes reformas no ordenamento jurídico ocidental capazes de realinhar, ou melhor, submeter o ‘Direito’ a uma racionalidade ‘Econômica’, de cariz ‘Neoliberal’”. Nesse contexto, vislumbra-se o reforço de determinada postura tendente ao “esvaziamento” do caráter material dos textos constitucionais, “com o prevalecimento da lógica mercantil e da já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico” (STRECK, 2013, p. 91).

Como reflexo, tem-se “uma discussão acerca do papel destinado ao instrumento que, na modernidade, serviu como *locus* privilegiado para a instalação dos conteúdos políticos definidos pela sociedade” (STRECK, 2013, p. 90). Assim, apresenta-se a crise constitucional - ou institucional - como processo de desconstitucionalização promovido pelo neoliberalismo, desaguando num descompasso entre as *promessas* contempladas, a vontade política e as condições econômicas para a sua realização (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 52).

Se a política vem tensionada pela economia, quem decide? (BOLZAN DE MORAIS, 2010, p. 110-111 e 115) Esse contexto de crises e de conflito de interesses repercute na própria funcionalidade do Estado, passando a função jurisdicional a assumir a centralidade, a se caracterizar como o espaço privilegiado de disputa e de definição política na atualidade, o que se percebe sob a nomenclatura de “crise funcional” (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 55-56).

Em outros termos, constatam-se transformações nas relações entre as tradicionais funções estatais, diante da incapacidade do Poder Legislativo e do Poder Executivo em realizar as promessas contidas no projeto constitucional, fazendo com que haja um deslocamento do debate político para o âmbito jurisdicional, o que fica reconhecido como “judicialização” da política (BOLZAN DE MORAIS, 2006, p. 103)¹.

Observa-se, portanto, que “os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais”, o que se constitui em “ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular” (VIANNA, 1999, p. 22-23). Assim, há de se buscar práticas que legitimem democraticamente a atuação do Poder Judiciário.

3 A CRISE POLÍTICA E O INCREMENTO DO FENÔMENO JUDICIALIZAÇÃO

¹ Outros fatores podem ser apontados como responsáveis pelo incremento do fenômeno, como, por exemplo, o sucesso do Estado democrático em prover a cidadania de melhores vias e meios de acesso ao sistema de justiça. A extensão do trabalho, contudo, não permite maiores digressões sobre o tema.

A hegemonia do ideário neoliberal também provocou reflexo nas formas de legitimação democrática (FEDOZZI, 2014?). A supressão de direitos sociais, acompanhada pelo enfraquecimento gradativo das políticas públicas devido ao ajuste fiscal, a partir dessa nova fase da acumulação capitalista, tende à restrição dos direitos civis e políticos, e, conseqüentemente, à restrição da própria democracia, pois foi através da conquista do direito à participação política que se ergueram as bases igualitárias da noção de cidadania (BOBBIO, 1986).

É fato que um nível mínimo de inclusão do indivíduo na comunidade - e, com isso, condições melhores de participação na escolha e nas decisões - necessita da conjugação de elementos materiais como, por exemplo, educação, moradia e saúde. Ao se invocar o papel do povo “como legitimador das funções estatais”, é preciso “que este mesmo povo esteja e seja n(o) centro do espaço decisório e domine as condições necessárias e suficientes para decidir” (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 82). A democracia social já havia superado a ideia de que o processo eleitoral é suficiente para se verificar o conteúdo da vontade popular.

Além disso, pode-se vislumbrar a insuficiência do modelo da democracia representativa numa sociedade que se “complexificou”, seja em razão da universalização do voto; seja diante das dificuldades técnicas trazidas pelo conteúdo dos temas postos em discussão, “o que transformou a política, muitas vezes, em refém das referências tecnológicas, das estatísticas, das probabilidades e das valorações macro e microeconômicas, além dos detalhes técnicos peculiares aos temas tratados”, e tornou menos viável “a tarefa política como o jogo dialético das pretensões”; seja, ainda, pela incapacidade de o cidadão comum das sociedades complexas, envolvido numa atividade *full time*, “ocupado demais em prover o seu cotidiano”, envolver-se com o volume qualitativo das questões postas para solução, o que não só exclui o cidadão do jogo político, como também exclui o político do debate social (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 70).

Diante desse quadro, há uma tentativa de tentar *fantochizar* a democracia representativa, “tornando-a apenas um estereótipo formal pela ausência de alternativas reais de escolha”. É que, para que se constitua efetivamente a democracia representativa, embora não seja o único, um importante pressuposto, em um modelo formal-procedimental, são as alternativas reais de escolha.

Haja vista a “economicização” da política, num contexto “de jogo econômico global de um capitalismo financeiro”, observa-se o desaparecimento de tais alternativas, estabelecendo-se “um estereótipo de desdiferenciação de propostas, de desidentificação de

candidaturas”, resultando num processo de apatia política do cidadão. O instrumento de escolha dos candidatos, as eleições, passa a ser tido como desnecessário e incapaz de atender às necessidades sociais (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 71-72).

Ademais, cabe a indagação feita por Bonavides: “quem forma, todavia, essa vontade representativa?”. Ele próprio responde que são “os titulares de um poder invisível, terrivelmente poderoso e incontrastável, que a Constituição não declina, cuja competência ela ignora e que não tem limites nem freios de exercício em nenhum quadro institucional”.

Bonavides (2004, p. 29-30) se refere aos meios de comunicação de massa, “liberados a um oligopólio fático de pessoas cujo título de legitimidade não passa pela outorga nem pela sanção do elemento popular, nominalmente sede de todos os poderes da soberania”. O excessivo poder das mídias resulta na imposição de um pensamento único, o que inviabiliza a formação de um pensamento crítico de cidadãos numa democracia, a fim de que possam fazer suas escolhas políticas, de modo livre e consciente (TONELLI, 2013). Em outros termos, há uma crescente perda da capacidade da população de influenciar as decisões de governo, apesar das formalidades democráticas, diante do monopólio midiático da legitimidade da informação, o que também corrobora o déficit de legitimidade da democracia representativa (FEDOZZI, 2014?).

Diante de todo esse cenário, “os mecanismos tradicionais da democracia representativa mergulham num momento de profundo esgotamento” (CARVALHO, 2005, p. 288). Assim, hoje, na perspectiva procedimental, a democracia passou a se constituir “sob variadas formas, fórmulas e estratégias de participação para além da disputa eleitoral pela representação popular”, adquirindo importância outras formas de tomada de decisão (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 69).

É que “a posição passiva em face da coisa pública faz súditos, e não cidadãos”, manifestando-se a cidadania “pela via participativa, pelas exteriorizações de vontade de cada membro da sociedade política, legitimamente habilitado a intervir no processo decisório e governativo” (BONAVIDES, 2004, p. 21).

Bonavides (2004, p. 30) aponta como “artefatos institucionais para tornar instrumentalmente eficaz a vontade soberana do povo”, “técnicas de consulta e expressão da nova democracia”: o plebiscito, o *referendum*, a “iniciativa”, o veto, o direito de revogação (*recall*), tanto a revogação do mandato individual do agente político como a revogação do mandato coletivo de uma Assembleia (o *Abberufungsrecht* do direito constitucional suíço), o que permitirá que se destitua todo um Parlamento ou uma Assembleia infiel à outorga da confiança popular.

A tendência mundial à incorporação constitucional do que vem sendo denominado de princípio democrático participativo pode ser percebida, ainda que de forma tímida, na Constituição Federal de 1988. O parágrafo único de seu art. 1º preceitua que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. A Carta Magna prevê, basicamente, como instrumentos de exercício direto de poder pelo povo, o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa popular de projetos de lei, o que se verifica a partir da leitura do art. 14, *caput* e incisos I, II e III; do art. 18, §§ 3º e 4º e art. 61, §2º.

No ponto, tomam-se emprestadas as lições de Canotilho, já que a constituição portuguesa também fora produzida em um processo de redemocratização, inspirando, então, o constituinte pátrio. Para Canotilho, o princípio democrático, além de acolher os mais importantes postulados da teoria democrática representativa - quais sejam, órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes - ainda implica em democracia participativa, o que significa a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de *aprender* a democracia, de participar dos processos de decisão, de exercer controle crítico na divergência de opiniões.

Afastando-se das concepções restritivas de democracia, a Constituição, além de consagrar uma inequívoca “dimensão representativa”, trouxe também a “dimensão participativa” como componente essencial da democracia. Canotilho prossegue e sinaliza “as premissas antropológico-políticas da participação”: “o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside primariamente na participação política”. Nesse sentido, expõe a conclusão transponível para a Constituição Federal de 1988, ao afirmar que, entre o conceito de democracia reduzida a um processo de representação e o conceito de democracia como otimização da participação, “a Lei Fundamental ‘apostou’ num conceito ‘complexo-normativo’, traduzido numa relação dialética (mas também integradora) dos dois elementos - representativo e participativo” (CANOTILHO, 2003, 288-289).

Todo esse contexto caracteriza o que Bolzan de Moraes chama de crise política (ou da representação). Alguns entenderão que “o apelo permanente à jurisdição” é quase que exclusivamente responsável pelo descredenciamento do modelo de democracia representativa, que a judicialização da política pode “estar promovendo o surgimento de uma cidadania que se confunde com a mera busca da tutela jurisdicional do Estado, desresponsabilizando o cidadão de seu político” (TOBELLI, 2013).

Prefere-se assentar aqui a crise da representação e da judicialização da política como movimentos que se retroalimentam. Porque sim, o protagonismo judicial, além de um

fenômeno complexo, como se expôs, também é reflexo da crise política - especificamente na realidade dos países da América Latina, em que os titulares do poder em exercício não se mostram efetivamente identificados com os interesses da cidadania, do bem-estar, da justiça e da prosperidade social. Fica em xeque, assim, a validade da democracia representativa clássica e tradicional, e encontra-se desfalcada a possibilidade de fazer da Constituição o instrumento da legítima vontade nacional e popular (BONAVIDES, 2004, p. 15-16).

Admite-se a função intervencionista do Poder Judiciário, não como “uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política)”, mas sim “uma intervenção condizente com a medida do Estado democrático de Direito, para a superação da leitura liberal-individualista da intervenção” (SALDANHA; SOARES, 2009), o que se debate a seguir.

4 A AUDIÊNCIA PÚBLICA JURISDICIONAL COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA INTERVEÇÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O surgimento da jurisdição constitucional ocorreu ao mesmo tempo em que se estabelecia a garantia dos direitos do homem no constitucionalismo do segundo pós-guerra. É que, no contexto da Segunda Guerra Mundial, tanto Legislativo, como Executivo estavam sob desconfiança, sendo, então, a criação dos Tribunais Constitucionais europeus - em especial, o alemão - a primeira forma de incorporação do constitucionalismo democrático (TASSINARI, 2013, p. 43).

Não seria mesmo plausível que as Constituições delineassem valores para reger a vida em sociedade e não estabelecessem minimamente condições de acesso à sua efetivação e respeito. Assim, além da introdução de instrumentos necessários à concretização do direito ao acesso à justiça, as cartas constitucionais passaram a prever os caminhos procedimentais pelos quais os juízes realizariam a tarefa de controlar a constitucionalidade dos atos dos legisladores e dos administradores (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

No caso brasileiro, adotou-se o sistema misto de constitucionalidade² que atribui aos juízes poderes de realizar esse controle, tanto em casos concretos quanto diretamente, num

² “O controle de constitucionalidade é organizado de acordo com *dois grandes sistemas*. De um lado, o modelo americano, no qual o controle é exercido por via de exceção pelos tribunais ordinários: desde a célebre decisão *Marbury v. Madison* (1803), a Corte Suprema havia afirmado que a superioridade da Constituição se impunha a todos, inclusive aos tribunais que deveriam assegurar-lhe o respeito; qualquer tribunal pode e até deve se recusar a aplicar uma lei que julga inconstitucional, porém sob reserva da interpretação em última instância da Corte Suprema Federal, garantidora da uniformidade das decisões (*Martin v. Hunter's Lessee*, 1816). Esse sistema foi adotado no Canadá, no Japão, e em alguns países europeus. Por outro lado, o modelo europeu, que confia a um

processo dito objetivo, em que se ausentam o interesse individual e o litígio - característicos da matriz clássica de processo (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

O certo é que, além da previsão de tal *caminho* - controle de constitucionalidade - é preciso identificar, eleger um tipo de Estado coerente com as exigências de um novo século e com a emergência de uma nova sociedade. Também antes de investigar sobre que tipo de Jurisdição ou de Processo Judicial se pretende para uma determinada sociedade, é inevitável observar qual o perfil do Estado em que se fazem presentes (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

O Estado brasileiro é aquele que se diz *Democrático de Direito* - como consta no *caput* do art. 1º da Constituição Federal - porém, comporta-se como *Liberal de Direito* - assim é extraído do seu texto legal e das suas preocupações iminentemente individualistas ou reféns da *lex mercatória* - (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009) além de padecer de crises de um Estado Social sem nunca ter alcançado o correspondente conteúdo. É que se apresentam como características essenciais do modelo estatal brasileiro atual o culto à razão e o primado do individualismo, os quais se traduzem como valores subjacentes à modernidade. No Estado Liberal existe a separação entre o Estado e a Sociedade Civil e a pretensa abstenção na vida dos particulares.

No mesmo sentido, “o *modo de agir* do judiciário brasileiro ainda se encontra baseado no *modo de pensar* do Estado Liberal” (SALDANHA; SOARES, 2009). Apresenta-se, por outro lado, uma “verdade paradoxal: uma jurisdição pós-moderna - mas hipermoderna, porque ainda eleva valores modernos - que ainda existe³ e uma jurisdição pós-moderna –

órgão especial, uma Corte constitucional, a responsabilidade desse controle: introduzido na Áustria em 1920, por iniciativa de Kelsen, esse sistema foi progressivamente instituído na maioria dos países europeus – Itália (1947), Alemanha (1949), França (1958), Turquia (1961), Iugoslávia (1963), Portugal (1976), Espanha (1978), Grécia (1979), os PECO -, em alguns antes mesmo do fim do socialismo – Polônia (1982), Hungria (1983), URSS (1988) -, na América Latina e na África”. (CHEVALLIER, 2013, p. 68).

³ Aqui, Jânia Saldanha faz uma referência ao termo pós-modernidade, nos moldes preconizados por Chevallier (2009, p. 20): “Preferir-se-á aqui falar de ‘pós-modernidade’, na medida em que se assiste ao mesmo tempo à exacerbação das dimensões já presentes no coração da modernidade e à emergência de potencialidades diferentes: comportando aspectos complexos, mesmo facetas contraditórias, a pós-modernidade se apresenta tanto como uma *‘hipermodernidade’*, na medida em que ela leva ao extremo certas dimensões presentes no cerne da modernidade, tais como o individualismo, e como uma *‘antimodernidade’*, na medida em que ela se desvincula de certos esquemas da modernidade”. Partindo dessa ideia, a autora assevera que, “a partir do momento em que o neoliberalismo agrega outros elementos àqueles já plantados pela modernidade que se confundem, em boa medida ao próprio espírito do capitalismo – ideia de progresso material; eficácia e eficiência na satisfação das necessidades; modo de organização social favorável às atividades econômicas -, serve-se da feição hipermoderna da pós-modernidade e exige das instituições estatais funcionamento e estrutura compatíveis com os valores concorrência, estratégia e planificação”. Nesse contexto, vislumbra uma “relação de circularidade entre pós-modernidade, neoliberalismo e hipermodernidade”, em que se faz “necessário que o processo e a jurisdição modelem-se aos interesses neoliberais, alinhem-se à quantificação e ao fluxo, por meio de um conjunto de reformas que conjugam esforços para funcionar melhor, ser eficiente e compatibilizar os tempos do processo com o tempo da economia” (SALDANHA, 2010).

porém antimoderna, já que é levada a romper com os valores modernos - construindo-se” (SALDANHA, 2010). Tal rompimento torna-se visível a partir de um *refluxo do individualismo*, eis que o Poder Judiciário - como toda e qualquer esfera de atuação do Estado Democrático de Direito - para se legitimar, necessita se direcionar tanto à realização efetiva das promessas contidas no texto constitucional, quanto à abertura de canais de comunicação com a sociedade, em todas as suas esferas de atuação.

No Estado Democrático de Direito, o direito, “para além de um simples texto de lei, tem sua substância moldada pela Constituição”, e o juiz, “para além de um funcionário público e do objetivo da resolução de um conflito intersubjetivo”, é também “um agente de poder que, através da interpretação/hermenêutica da lei e do controle de constitucionalidade, faz valer os princípios constitucionais que estão sempre por trás de toda e qualquer lei”. Assim, toda e qualquer decisão deve partir dos princípios constitucionais e da implementação de direitos fundamentais, exercendo, o judiciário, papel de extrema importância para a consolidação dos valores inscritos na Constituição (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

A função jurisdicional, portanto, não se contenta com o modelo de solução de controvérsias - de cariz eminentemente privado, individualista - mas deve ultrapassá-lo exatamente para atender aos valores constitucionais. A tarefa da jurisdição não é declarar o “certo” ou o “errado”, ou simplesmente atribuir significado à lei, mas realizar, no caso, o que foi prometido pela Constituição (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

Por outro lado, vale considerar que a atividade da jurisdição é ainda predominantemente marcada pela decidibilidade, por meio do direito processual (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009). Infelizmente, os juízes nacionais permanecem vinculados à normatividade processual que não escapou da racionalidade do processo de rito ordinário, moroso e repressivo, e nem mesmo se afastou de seu cariz individualista (SALDANHA; SOARES, 2009). As reformas legislativas realizadas apenas têm corroborado essa matriz clássica do processo, permanecendo um tipo de jurisdição “inefetiva e burocrática, refém da limitação subjetiva, da restrição da prova e da extensão da coisa julgada”.

Exige-se, portanto, do juiz, o “alargamento de seus campos de mentalidade” para acolher um processo diferente em que a decisão a ser dada seja resultado de uma construção, o que pode ser proporcionado pela jurisdição constitucional. A jurisdição constitucional, em sua perspectiva coletiva, caracteriza-se como um diverso modelo de jurisdição, seja quanto à sua estrutura de atuação, seja quanto à competência de seus juízes, seja quanto ao seu sentido (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

Primeiramente, quanto à sua estrutura de atuação, difere do processo civil clássico porque marcada, sobretudo, pela competência colegiada para decidir ações originárias, à exceção das hipóteses em que o Relator, isoladamente, pode decidir o destino do processo. Quanto à competência, o modelo, indo além das matérias comuns que a jurisdição está habituada a enfrentar, depara-se com temas de significativa repercussão social e de envergadura política - o que é característico dos casos em que o STF é provocado para decidir acerca do respeito à Constituição. Nesse ponto, é preciso reconhecer que somente por intermédio de uma abertura à sociedade que a jurisdição pode realizar sua função de modo democrático enquanto poder do Estado que tem por finalidade maior concretizar os valores constitucionais (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

Ademais, a jurisdição constitucional brasileira, no que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade, abre-se à perspectiva coletiva de processo, seja pelos entes legitimados à propositura da ação, seja pelos efeitos das decisões que profere. Ademais, a abertura do processo à participação de outros sujeitos para além das partes do processo – ou, no máximo, para as figuras interventivas clássicas - inaugura uma nova fase, ao permitir o diálogo da Justiça com a sociedade, através do processo, traduzindo-se em verdadeiro exercício de democracia direta (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

De acordo com Bolzan de Moraes, isso caracterizaria, ainda que de forma tênue, a inauguração do princípio democrático participativo no âmbito da função jurisdicional, “como expressão de uma *abertura a sociedade* ao estilo de P. Häberle” (BOLZAN DE MORAIS, 2013, p. 162-163)⁴. Na sequência, a partir do reconhecimento de que a decisão judicial pode ser construída de forma coletiva, apresenta-se a audiência pública jurisdicional como possível instrumento de participação social no STF.

4.1 A Audiência Pública Jurisdicional como Meio de Aproximação entre o Supremo Tribunal Federal e a Sociedade

Como já mencionado em linhas anteriores, a Constituição Federal de 1988 instituiu o sistema misto de controle da constitucionalidade das leis no Brasil. Tal controle pode ser

⁴ “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”. “A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles”. (HÄBERLE, 2002. p. 15; 43).

realizado pela via difusa, por meio da qual qualquer juiz pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la contrária à Constituição. A apreciação final poderá ser realizada pelo STF, por meio do recurso extraordinário, com a novel imposição da justificativa da repercussão geral da matéria constitucional suscitada, nos moldes do artigo 102, §3º, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004⁵.

Por sua vez, a via concentrada é instrumentalizada por intermédio de ações específicas para tal - também previstas no mesmo dispositivo, como a ação declaratória de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação por descumprimento de preceito fundamental, inseridas no inciso I, “a” e §1º daquele dispositivo constitucional⁶. Mais recentemente, introduziu-se no ordenamento jurídico a possibilidade de controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão.

Nos limites deste trabalho, interessam alguns aspectos concernentes às ações de controle concentrado, especificamente quanto às leis que regulamentam o seu processo perante o único juízo competente, que é o STF (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

Nessa esteira, a Lei nº 9868/99 regulamenta o processo das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade e a Lei nº 9882/99 rege o processo da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tais leis expressam um processo objetivo, sem as tradicionais partes dos processos de natureza individualista e que, por isso, geram uma espécie diversa de eficácia das decisões proferidas.

Houve o rompimento com o perfil individualista e privado de processo, diante da constituição de um processo de natureza coletiva, uma vez que as pessoas e os entes legitimados pelo art. 103 da Constituição Federal⁷, repetidos nos art. 2º das Leis nº 9868/99⁸ e

⁵ Art. 102 (omissis) § 3º No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (omissis) § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93).

⁷ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁸ Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; VI - o Procurador-

9882/99⁹, embora ajam em nome próprio, o fazem defendendo, invariavelmente, o direito de toda a sociedade; projetando, para o exterior da demanda, efeitos *erga omnes* e vinculantes para todos (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

Além disso, como dito, o STF, no exercício da tarefa de controlar a constitucionalidade formal e material das leis, é chamado a proferir decisões que repercutirão em toda a sociedade. Na maioria das situações, chama mais a atenção não a suscitação da inconstitucionalidade/constitucionalidade em si mesma, mas a natureza da matéria levada à apreciação, que exige dos julgadores “o escape do exame tão só jurídico”, pelo fato de possuir natureza interdisciplinar (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

O conhecimento fiel dos fatos, não isoladamente, mas projetado no seio de uma realidade social, “traz um signo de sensatez para análise de todos os prismas da controvérsia, possibilitando melhores escolhas dentro dos fins constitucionalmente protegidos” (AJOUZ; SILVA, 2013). Há, portanto, a necessidade de diálogo entre os aspectos fáticos e os preceitos jurídicos, a partir de uma apreciação conjunta de ambos - e não de forma dissociada, rompendo-se, na hipótese, com o perfil racionalista de processo que separa fato e direito (LIMBERGER; SALDANHA, 2011).

Nesse particular, como refere Jânia Saldanha, faz-se necessário ponderar acerca da falibilidade e da limitação do conhecimento jurídico puro, o qual, embora seja sempre necessário, nem sempre será suficiente para balizar de forma razoável o julgamento. Sob esse ponto de vista, por mais elementos probatórios documentais que o processo de controle da constitucionalidade apresente, e por mais conhecimentos inter/transdisciplinares que os julgadores possuam, nem sempre reunirão em si conhecimento suficiente para decidir a matéria posta à apreciação com base em “critérios argumentativos razoáveis” (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

Se o processo civil tradicional - expresso na triangulação: autor, juiz e réu - mantém o monopólio da decisão nas mãos do segundo (ainda que, atualmente, autor e réu devam contribuir para a sua formação, no âmbito de um processo que se pode chamar de cooperativo), a Lei nº 9868/99, para o caso específico da ação direta de inconstitucionalidade, trouxe sensível inovação ao prever a possibilidade de manifestação no processo de outros

Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁹ Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade; II - (VETADO).

órgãos e entidades, inserindo no processo judicial, pela primeira vez, a figura do *amicus curiae*¹⁰ do direito norte-americano, conforme prevê o seu art. 7º, §2º¹¹.

Além disso, ambas as leis abrem definitivamente o processo de controle direto da constitucionalidade à participação da sociedade. É que tanto o art. 9º, §1º¹² - relativo à ação direta de inconstitucionalidade - quanto o art. 20, §1º¹³ - referente à ação declaratória de constitucionalidade - ambos da Lei nº 9868/99, assim como o art. 6º, §1º, da Lei nº 9882/99¹⁴ - o qual regula o processo da arguição de descumprimento de preceito fundamental - atribuem ao Relator da ação o poder de requisitar informações adicionais, nomear peritos ou comissões de peritos para o fim de emitirem pareceres sobre a questão ou, ainda, designar *audiência pública jurisdicional* para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e com autoridade na matéria.

Como ressalta Jânia Saldanha, é o reconhecimento legislativo do que há muito se discute em sede doutrinária: a necessidade de o julgador se abrir à sociedade para, junto dela, buscar subsídios à formação do seu convencimento (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009). Assim, observa-se uma tentativa de aproximação entre o tribunal constitucional e a sociedade, de participação social no STF, com a função democrática de propiciar “perspectivas de diferentes setores que compõem a sociedade plural”, permitindo que aquela Corte conheça várias visões, no momento da tomada de decisão (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

Constitui-se, assim, um novo modelo de jurisdição, afinado agora com a concretização dos valores que a Carta Constitucional prevê e assegura, “muito distante das teorizações de Chiovenda, que via a jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei, e de Carnelutti, que a reduzia a atuar apenas diante de uma lide”.

A possibilidade de *ouvir* segmentos da sociedade, por meio da audiência pública jurisdicional, oportuniza, no âmbito das ações de controle direto e concentrado da

¹⁰ A expressão pode ser traduzida como “amigo da corte”, “amigo da cúria” ou “amigo da justiça”. Embora se apresente como importante via participativa no controle de constitucionalidade, a proposta do presente trabalho se limita à análise das audiências públicas jurisdicionais.

¹¹ Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 1º (VETADO) § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

¹² Art. 9º (omissis) § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

¹³ Art. 20. (omissis) § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

¹⁴ Art. 6º (omissis) § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição (sic), requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

constitucionalidade, a quebra da cadeia de formas e atos que burocratizavam a relação processual, acolhendo nela pessoas que não reúnem em si a condição de partes, tampouco de terceiros intervenientes, mas que possuem condições fático-jurídicas para influenciar na formação do convencimento de quem deverá julgar.

Afinal, a abertura que esse instituto proporciona à participação de outros sujeitos - que não os do processo tradicional e individualista - é consequência do reconhecimento de que a decisão pode ser coletivamente construída (LIMBERGER; SALDANHA, 2011). Forja-se, assim, o que se pode denominar de processo pós-burocrático (SALDANHA; ESPÍNDOLA, 2009).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito, o objetivo desse trabalho é apresentar a audiência pública jurisdicional como uma prática capaz de legitimar democraticamente a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas.

A tarefa da jurisdição não é simplesmente atribuir significado à lei, mas realizar, no caso, o que foi prometido pela Constituição. Exige-se, portanto, que o juiz acolha um processo diferente, em que a decisão a ser dada seja resultado de uma construção, o que pode ser proporcionado pela jurisdição constitucional, em sua perspectiva coletiva.

É certo que o STF, no exercício da tarefa de controlar a constitucionalidade formal e material das leis, é chamado a proferir decisões que repercutirão em toda a sociedade. Na maioria das situações, chama mais a atenção não a suscitação da inconstitucionalidade/constitucionalidade em si mesma, mas a natureza transdisciplinar da matéria levada à apreciação, o que exige dos julgadores o conhecimento fiel dos fatos, não isoladamente, mas projetado no seio de uma realidade social.

Nesse particular, por mais elementos probatórios documentais que o processo de controle da constitucionalidade apresente, e por mais conhecimentos inter/transdisciplinares que os julgadores possuam, nem sempre reunirão em si conhecimento suficiente para decidir a matéria posta à apreciação.

A Lei nº 9868/99 regulamenta o processo das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade e a Lei nº 9882/99 rege o processo da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ambas as leis abrem definitivamente o processo de controle direto da constitucionalidade à participação da sociedade.

É que tanto o art. 9º, §1º - relativo à ação direta de inconstitucionalidade - quanto o art. 20, §1º - referente à ação declaratória de constitucionalidade - ambos da Lei nº 9868/99, assim como o art. 6º, §1º, da Lei nº 9882/99 - o qual regula o processo da arguição de descumprimento de preceito fundamental - atribuem ao Relator da ação o poder de requisitar informações adicionais, nomear peritos ou comissões de peritos para o fim de emitirem pareceres sobre a questão ou, ainda, designar *audiência pública jurisdicional* para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e com autoridade na matéria.

Trata-se do reconhecimento legislativo do que há muito se discute em sede doutrinária: a necessidade de o julgador se abrir à sociedade para, junto dela, buscar subsídios à formação do seu convencimento. Assim, observa-se uma tentativa de aproximação entre o tribunal constitucional e a sociedade, de participação social no STF, com a função democrática de propiciar perspectivas de diferentes setores que compõem a sociedade plural, permitindo que aquela Corte conheça várias visões, no momento da tomada de decisão.

A possibilidade de *ouvir* segmentos da sociedade, por meio da audiência pública jurisdicional, oportuniza, no âmbito das ações de controle direto e concentrado da constitucionalidade, a quebra da cadeia de formas e atos que burocratizavam a relação processual, acolhendo nela pessoas que não reúnem em si a condição de partes, tampouco de terceiros intervenientes, mas que possuem condições fático-jurídicas para influenciar na formação do convencimento de quem deverá julgar.

Afinal, a abertura que esse instituto proporciona à participação de outros sujeitos - que não os do processo tradicional e individualista - é consequência do reconhecimento de que a decisão pode ser coletivamente construída, traduzindo-se em verdadeiro exercício de democracia direta, a inauguração do princípio democrático participativo no âmbito da função jurisdicional. Assim, apresenta-se a audiência pública jurisdicional como possível instrumento de participação social no STF.

REFERÊNCIAS

AJOUZ, Igor; SILVA, Cecília de Almeida. Audiências públicas na Suprema Corte Brasileira: novas tendências para o diálogo social. **Revista da AGU**, Brasília, DF, ano 12, n. 37, p. 129-160, jul./set. 2013.

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 151, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 37-38, abr./jun. 1999.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Audiências públicas: novas práticas no Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crise do Estado, Constituição e democracia política: a “realização” da ordem constitucional! e o povo... In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Thiago Fabres de. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Tradução Antonio Araldo Ferraz Daz Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FEDOZZI, Luciano. **Democracia participativa, lutas por igualdade e iniquidades da participação**. Porto Alegre, [2014?]. Disponível em:

<<http://www.ufrgs.br/democraciaparticipativa/biblioteca-1/arquivos/Democracia%20participativa%20lutas%20por%20igualdade.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A efetivação do direito à saúde e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro: novas metodologias e institutos processuais democratizando a jurisdição constitucional. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 17, p. 429-449, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. A constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 18, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510. Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 15, p. 311-328, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. **Estudios Constitucionales**, Santiago, ano 8, n. 2, p. 675-706, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SOARES, Hector Cury. O papel do Estado Democrático de Direito enquanto condição do controle judicial de políticas públicas de saúde no Brasil: preferência ou a inevitabilidade do julgamento? **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ**, Itajaí, v. 14. n. 3. p. 208-254. 3º quadrimestre 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**. 2013. 126 f. Tese (Doutorado em Filosofia) -- Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Audiências públicas e ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.